

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Pedro Ivo de Sousa*

Alexandre de Castro Coura**

RESUMO

Este estudo objetiva analisar a possibilidade do Poder Judiciário exercer um controle sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, através do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como forma de se obter uma maior efetividade dos direitos fundamentais esculpidos no texto da Constituição Federal. Analisando o sistema jurídico e seus elementos, pretende oferecer um conceito democrático de políticas públicas, que reflita a complexidade social que vive o Estado contemporâneo, ampliando a noção da responsabilidade pela implementação e execução das políticas públicas. Busca marco teórico em Ronald Dworkin para referendar a atuação judicial no controle de políticas públicas, dentro da idéia do direito integral, com inserção dos valores no sistema jurídico, apresentando as diferenças expostas por Dworkin entre regras, princípios e políticas. Pondera a importância do julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, relatado pelo Min. Celso de Mello, no debate do controle judicial das políticas públicas do Estado Democrático de Direito brasileiro. Expõe a discussão travada entre os juristas sobre a possibilidade de a jurisdição constitucional exercer um controle sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo e Legislativo, resumidas no eixo substancial e no eixo procedimental da atividade judicial. Por fim, busca oferecer uma limitação ao controle judicial de implementação e execução de políticas públicas, conciliando o eixo analítico substancial e o procedimental da atuação judicial.

PALAVRAS CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS – CONTROLE JUDICIAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

* Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. E-mail: pisousa@hotmail.com

** Professor do Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo, titular atualmente da 1ª Promotoria de Justiça Geral de Jaguaré.

ABSTRACT

This objective study to analyze the possibility of the Judiciary Power to exert a control on the public policies developed by the State, through the Executive Power and of the Legislative Power, as form of if getting a bigger effectiveness of the sculptured fundamental rights in the text of the Federal Constitution. Analyzing the legal system and its elements, it intends to offer a democratic concept of public policies, that reflects the complexity social that lives the State contemporary, extending the notion of the responsibility for the implementation and execution of the public policies. Search theoretical landmark in Ronald Dworkin to authenticate the judicial performance in the control of public politics, inside of the idea of the integral right, with insertion of the values in the legal system, presenting the differences displayed for Dworkin between rules, principles and policies. It ponders the importance of the judgment of the ADPF 45 MC/DF, told for the Min. Celso de Mello, in the debate of the judicial control of the public policies of the Democratic State of Brazilian Right. It displays the quarrel stopped enters the jurists on the possibility of the constitutional jurisdiction to exert a control on the public policies developed by the Executive and Legislative, summarized in the substantial axle and the procedural axle of the judicial activity. Finally, it searches to offer to a limitation to the judicial control of implementation and execution of public policies, conciliating substantial the analytical axle and the procedural one of the judicial performance.

KEYWORDS: PUBLIC POLICIES – JUDICIAL CONTROL – SEPARATION OF POWERS – DEMOCRATIC STATE OF RIGHT.

“A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.

Barão de Montesquieu

1 INTRODUÇÃO

Com a constituição do Estado moderno, identificou-se¹ três distintas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) que deveriam ser exercidas de forma independente e coordenada, num claro objetivo de se evitar a concentração de poder, para se efetivar os direitos fundamentais, numa especialização da atividade pública.

A efetividade dos direitos fundamentais dependia, assim, de um maior controle de atuação daqueles que exerciam funções especiais no Estado, por se entender que o homem precisa de limites, sob pena de abuso do poder.

Se no terreno das idéias tal pensamento encontrou forte amparo na criação e administração dos Estados modernos, pode-se afirmar, entretanto, que no campo fático este controle se constituiu em tímidas atuações que, longe disto, não conseguiram exterminar a concentração de poder nas mãos daqueles que o detém, sendo que agora, ao contrário da legitimidade divina do momento histórico-político anterior, tal concentração encontra-se camuflada num discurso legalista-liberal.

Tal circunstância se agrava diante da constatação de que, se num primeiro momento, o Estado moderno foi criado sob forte influência do idealismo liberal, com prevalência da não ação estatal, *status negativus* de Jellinek, e império da lei, com pouca ingerência na vida social, verifica-se que, atualmente, tendo vivido a experiência social, constituiu-se o Estado Democrático de Direito, que clama por uma maior participação social, racionalidade nas atuações administrativas e, também, maior controle dos poderes instituídos.

Tal pensamento oxigenou ainda mais as formas de controle dos poderes públicos, que foram ganhando novos contornos, num aprimoramento que encontrou respaldo na sociedade, que já não se contentava somente com o controle de constitucionalidade das leis, por entender que, com as promessas do “Estado providência”, precisava-se estar atento para as políticas desenvolvidas pelo Administrador Público.

Deste modo, no caso do constitucionalismo brasileiro, principalmente com o término da ditadura militar, onde não se cogitava a discussão das decisões tomadas pelos superiores, começou a ganhar fôlego, na prática, a idéia do controle independente

¹ Muito embora alguns apontem Locke como o responsável pela formulação inicial da teoria da separação de poderes, pode-se afirmar que foi em Montesquieu que tal teoria ganhou a sua sistematização devida, com o reconhecimento da existência dos poderes legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e o executivo das coisas que dependem do direito civil (judiciário) (MONTESQUIEU, 2000, p. 167)

das políticas públicas desenvolvidas pelos “chefes” dos Poderes Executivos e pelo Poder Legislativo, numa tentativa de se efetivar aquilo que estava garantido no texto da Constituição do país, os direitos fundamentais.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA NORMATIVIDADE

Na evolução do conceito de política pública, deve-se à Ronald Dworkin as formulações científicas básicas delineadoras do sentido adequado da *policy*, que para este autor se associa à idéia de diretrizes da Administração Pública, ou seja, de metas, objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado providência, atrelado à idéia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Buscando afastar o pensamento positivista dominante, Dworkin desenvolve um sistema onde o direito é constituído por padrões normativos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas, o que, por si só, já refuta a crença do positivismo nas regras.

Na construção deste sistema, Dworkin conclui que o positivismo pode até ser uma explicação plausível quanto às normas de padrão regras - que seria para ele parte do conjunto normativo, mas nunca uma teoria geral, por não compreender os demais padrões normativos, ou seja, os princípios e as políticas.

Para o professor estadunidense, os princípios se constituem em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem: “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36), identificados, assim, pelo seu conteúdo, que vinculam exigências relacionadas aos valores morais da justiça e da equidade, e não pela autoridade ou pelo procedimento que originou esta autoridade.

Buscando estabelecer melhor as diferenças existentes entre os padrões regras e princípios, Dworkin admite que a formulação das regras está mais atrelada ao papel do Estado, sendo que, no caso da criação e definição dos princípios, a comunidade exerceria uma função muito mais relevante, por meio da moralidade pública, que permitiria uma simbiose maior dos valores presentes na sociedade.

Também no caso de conflitos internos destes padrões, verifica-se que as regras apresentam solução na forma de eliminação de uma delas, do tipo “tudo-ou-

nada”, enquanto que a colisão entre princípios aparentemente conflituosos é resolvida através de um critério de ponderação da relevância².

Percebe-se que Dworkin está especialmente preocupado em rediscutir, no âmbito do pensamento jurídico, o conteúdo das normas jurídicas, limitadas, até então, ao âmbito das regras, desconstruindo a suposta pureza do pensamento positivista, de forma a oferecer uma alternativa à tese liberal do monopólio estatal quanto à produção de normas, completando o sistema jurídico com os valores, introduzidos através dos princípios.

Tal discussão aponta para um redirecionamento do dogma liberal de que os poderes instituídos esgotam a produção do direito, aceitando-se o pensamento de que a comunidade, nos moldes do pluralismo Rawlsiano, através das relações cotidianas complexas, promove também a construção de padrões de comportamento, que não podem ser desconsiderados na aplicação do direito.³

Dworkin, apesar de empregar bastantes esforços na definição dos padrões regras e princípios, também reconheceu a existência dos padrões normativos das políticas quando afirmou que, muitas vezes, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Assim, o autor norte-americano considera que as políticas são capazes de viabilizar argumentos jurídicos persuasivos para solução de *hard cases*, uma vez que integram o sistema jurídico, terminando por conceituar as políticas como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36), diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo.

Partindo da noção de que a formulação de políticas pressupõe uma regulação jurídica apta a torná-las efetivas, Dworkin percebe que as políticas dependem, para a sua concretização, da adoção de um padrão jurídico que vai introduzir na

² Sobre o tema, ver também: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³ Este pensamento é reforçado por Peter Häberle em sua obra *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.

atmosfera social um conjunto de metas, na pretensão de se instituir camadas de interação social, que passarão a ser processados no âmbito jurídico.

Apesar de Dworkin ter abordado as políticas como padrão normativo, pode-se observar que este autor não tece maiores comentários sobre os elementos essenciais do seu conceito de política, que podem ser definidos como a sua fonte de produção e a identificação e realização de seus objetivos.

Assim, é que Jean Carlos Dias, analisando a questão, destaca que “de início, para que uma política possa ser considerada pública e, assim, corroborar a conceituação de Dworkin, deve-se atribuir sua elaboração ao Estado” (DIAS, 2007, p. 42), ficando claro também que “não se pode, no pensamento de Dworkin, afirmar que os objetivos devam ser considerados de modo neutro no que se refere à violação dos direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 48).

Neste ponto, ainda que de difícil tarefa, imprescindível que se busque fornecer um conceito contemporâneo para os padrões normativos de políticas públicas, que seja capaz de conduzir a uma correta compreensão do tema, vez que a definição apresentada por Dworkin merece ser mais bem delineada.

Pode-se, assim, afirmar que as políticas públicas representam os aparelhos de ação dos governos, através de uma substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*), imposta pela própria superação do dogma do Estado liberal pelo Estado social, que é o fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas, através do implemento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público (BUCCI, 1996, p. 135).

De se entender também que, conforme as lições de Fábio Comparato, a política pública não se resume a norma e nem a ato jurídico, que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio, mas os engloba como seus componentes, por ser a política, antes de tudo, uma “*atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1998, p. 44 e 45).

Pensando nas políticas públicas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na

implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição, é que Maria Paula Dallari Bucci definiu políticas públicas como sendo "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2002, p. 241).

No mesmo sentido, destaca Eros Grau que: "A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade" (GRAU, 2005, p. 25), o que terminou por influenciar também o significado dado por Américo Bedê ao conceito de políticas públicas, quando afirmou que "pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito" (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 47).

Ocorre que, no atual Estado Democrático de Direito, não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, pois a sociedade civil ganha cada vez mais espaços de atuação, seja na própria deliberação de políticas públicas, como acontece, por exemplo, nos Conselhos Municipais de Criança e de Adolescente, seja na execução destas políticas, com as ONG's que possuem grande participação na efetivação, principalmente, dos direitos sociais, ou até mesmo na consulta popular que ocorre, por exemplo, com os orçamentos participativos.

Por este motivo, é que Colombarolli definiu políticas públicas como "medidas tomadas pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil com o escopo de, legitimamente, efetivarem direitos" (COLOMBAROLLI, 2006, p. 178).

Assim, pode-se buscar definir políticas públicas como sendo aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.

É importante esclarecer que as políticas públicas, muito embora não se confundam com os princípios, são, geralmente, estabelecidas através de normas-princípios, que demandam a atividade promocional do Estado, orientando as escolhas dos meios e instrumentos para a consecução dos fins públicos.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme relatado acima, as políticas públicas desempenham importante missão na concretização dos direitos fundamentais, não sendo mais uma função exclusiva do Estado, uma vez que a atual fase do constitucionalismo proclama uma maior participação da sociedade civil.

Sendo assim, diante de uma violação flagrante a um direito fundamental, seja ele individual ou coletivo, praticada por uma política pública, imposta por uma maioria a uma minoria, caberia cogitar da legitimidade do Poder Judiciário em intervir para determinar a sua cessação, no caso de ineficiência ou omissão parcial, ou a sua formulação e execução, no caso de omissão total.

De outra forma, poderia o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, determinar a formulação, execução ou cessação das atividades desenvolvidas pelo Estado? Caso afirmativo, em quais circunstâncias seria legítima esta interferência? No desenvolvimento de políticas públicas, estaria o Poder Judiciário usurpando funções dos demais Poderes?

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência pátria sempre negaram a possibilidade de se exercer qualquer tipo de controle judicial que afetasse a “separação dos poderes” e a discricionariedade dos atos administrativos, admitindo, somente, o controle legal dos atos vinculados, que, caso contrariassem as normas jurídicas, deveriam ser anulados.

Verifica-se, no entanto, com a evolução do constitucionalismo e do próprio Estado de Direito, que estes posicionamentos têm sido revisitados, ganhando um colorido axiológico especial, o que pode ser constatado, por exemplo, com a aceitação da doutrina dos “motivos determinantes dos atos administrativos”, quando se começou a aceitar a possibilidade de análise do mérito administrativo.

Esse árduo progresso doutrinário e jurisprudencial ganhou fôlego no paradigmático julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, onde o Min. Relator Celso de Mello, em decisão monocrática, ementou que:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.

DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Ainda que o julgamento no plenário tenha sido prejudicado pela promulgação da Lei nº 10.777/2003, que colocou em vigência dispositivo vetado na edição da Lei nº 10.707/2003, em seu art. 55, § 2º, que tratava de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, não há como negar as novas luzes que foram lançadas sobre a temática da jurisdição constitucional.

Em sua fundamentação, o Min. Relator Celso de Mello afirmou que o Poder Judiciário poderia, embora excepcionalmente, formular e implementar políticas públicas, destacando que:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

De fato, com a evolução da sociedade moderna, as relações sociais foram se tornando cada vez mais complexas, caminhando para um constante questionamento das

políticas públicas adotadas pelos representantes populares no exercício de suas funções, de modo que o Poder Judiciário, progressivamente, foi sendo acionado para se manifestar sobre os direitos existentes nas controvérsias políticas, numa visão democrática do Estado de Direito.

A partir daí, a concepção clássica da tripartição dos poderes foi sendo reanalisada, numa postura clara de se buscar efetivar aqueles direitos garantidos nas Constituições dos Estados contemporâneos, o que gerou a necessidade de um Poder Judiciário mais participativo, responsável também pela concretização do Estado Democrático de Direito, por não se aceitar mais a idéia de entrega a alguém do poder absoluto sobre determinada função pública, especialmente o de formular e implementar políticas públicas⁴.

Tal postura se deve também ao pensamento de que a carta máxima de direitos de uma sociedade possui uma força normativa⁵ suficiente para garantir a plena aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos constitucionais, numa oposição clara da idéia da “folha de papel” de Lassale⁶, em respeito à primazia da supremacia da Constituição.

Esta crescente judicialização da política tem causado certa tensão entre os poderes, que se materializou em dois eixos analíticos: de um lado, que defende um Poder Judiciário mais atuante nas questões políticas do Estado e; do outro, que nutre uma visão política democrática que privilegia a formação de uma cidadania ativa e comunicativa.

Para o primeiro eixo, também denominado de substancialista, o Poder Judiciário deve atuar ativamente como um protetor dos princípios fundamentais da democracia e como um veículo de transformação social do país, no intuito de se consolidar a igualdade material entre a sociedade, sem prejuízo da liberdade⁷.

⁴ Abordando este assunto, Américo Bedê afirma que: “O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição” (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 44)

⁵ Sobre o assunto, ler HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

⁶ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

⁷ “Das múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça” (WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 22.).

Os adeptos desta corrente defendem que o controle realizado pelo Poder Judiciário é importante para a (re)construção do sistema de valores democráticos, uma vez que se abre mais uma via de acesso às instâncias do poder, o que é profundamente importante para o pluralismo, de forma a garantir maior participação política de grupos excluídos na sociedade, fortalecendo-se a democracia por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

Ao contrário do que defendem seus críticos, entendem os substancialistas que esta medida é necessária para o próprio fortalecimento da democracia participativa, que não é violada com a intervenção do Poder Judiciário nas atividades políticas do Estado, mas cria novo mecanismo de participação popular, principalmente daqueles alijados do processo político.

O eixo procedimentalista acredita que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas desrespeita o processo democrático, que elege os seus representantes para a formulação das atividades necessárias para a coletividade, não sendo o meio adequado para a discussão dos conflitos político-sociais, em virtude, também, das sérias dificuldades que os tribunais possuem para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca desses conflitos⁸.

O entendimento é de que a intervenção Judicial cria uma cultura paternalista que impede o pleno exercício da cidadania ativa num regime comunicativo democrático, de forma a cultivar o individualismo totalmente dependente do Estado, não sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário no controle de implementação e execução de políticas públicas, devendo se ater somente a uma atuação que consagre a conquista de canais comunicativos democráticos, garantindo a existência de ambiente que propiciem os indivíduos a criarem os seus próprios direitos.

Assim, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberativa da constituição da vontade política, por não competir ao Poder Judiciário definir sobre o que o indivíduo deve decidir, mas apenas como ele deve proceder nesta decisão, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação política ativa, da maneira que bem entenderem.

⁸ WERNECK VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 24.

Em sua construção filosófica, Dworkin prioriza os direitos fundamentais em detrimento da soberania popular⁹, buscando proteger esta categoria de direitos contra violações advindas de processos majoritários de deliberação. Para ele, portanto, a soberania popular é limitada pelos direitos fundamentais, vez que a lei, advinda de um processo legislativo majoritário, nem sempre é justa.

Neste processo de defesa e supremacia dos direitos fundamentais, em decorrência do pensamento dworkiano de inserção da moral no sistema jurídico através da noção integridade do direito¹⁰, o juiz “Hércules“ deve desempenhar um papel de suma importância na luta pela observância da própria Constituição, principalmente nos casos por ele denominado de *hard cases*, onde não há regras disciplinando a questão, numa forma de se empregar a melhor solução possível através de um método racional, com utilização de critérios objetivos de justificação do direito, regido também por princípios, e não somente por regras. As decisões judiciais devem, desta forma, ser alicerçadas nos princípios, na busca da racionalidade e da coerência nas decisões judiciais e em nome da preservação dos direitos fundamentais.

Em Dworkin, os juízes são também protagonistas da transformação social, participando positivamente na democracia contemporânea, por ser um poder estratégico capaz de afirmar e proteger os princípios democráticos¹¹.

Entende o autor estadunidense que a cessão de algumas decisões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário pode ser mais benéfica para os setores excluídos do processo democrático, como os pobres e as minorias. Geralmente, os afortunados possuem maior influência sobre as decisões do Legislativo, o que lhes proporciona maiores benefícios, em detrimento dos não tão prósperos, o que também se verifica com a maioria no Legislativo, que termina funcionando mais severamente contra as minorias, numa maior probabilidade de violação dos direitos das minorias (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 25-32.

¹⁰ A idéia de integridade do direito de Dworkin entende o direito como um modo de aperfeiçoamento da comunidade política, através de uma intensificação de sua base moral e a reinterpretção construtiva de sua tradição jurídica. Refuta a noção do Direito como pacto por considerar que a ordem de direitos e responsabilidades não decorre de um comando arbitrário, mas da própria convivência social e política. (DWORKIN, 1999, p. 271-331)

¹¹ Sobre o assunto, rejeitando tanto a idéia do passivismo quanto a do ativismo judicial, ver DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 441-453.

Para Dworkin (1999, p. 4), o Poder Judiciário "tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição"¹².

Entretanto, o professor norte-americano pontua que essa atuação do Poder Judiciário na seara política requer uma prestação jurisdicional que não seja baseada em fundamentos de natureza política, mas em princípios¹³, devendo, as decisões judiciais, ser proferidas com racionalidade em suas argumentações e com coerência na justificação do raciocínio jurídico, pautadas em argumentos baseados em princípios, e não em argumentos políticos.

É neste sentido que tem evoluído o entendimento jurisprudencial e doutrinário pátrio. Na análise da decisão proferida pelo Min. Relator Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, verifica-se que prevaleceu o entendimento da supremacia constitucional, que impõe que os direitos fundamentais sejam preservados por todos os poderes.

Conforme o entendimento de Dworkin, as políticas públicas integram o sistema jurídico, sendo que o Poder Judiciário, através de um controle racional-jurídico, possui legitimidade constitucional para tutelá-las, desde que violadoras de direitos fundamentais.

É preciso se ter em mente que, para Dworkin, "os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo", enquanto que "os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo" (DWORKIN, 2002, p. 129).¹⁴ Codificando

¹² Segundo Dworkin, chegou-se "a um equilíbrio em que o tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal." Sustenta o autor que o melhor que se tem a fazer é "trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de direito." (DWORKIN, 2001, p. 103)

¹³ Dworkin entende que "o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral". (DWORKIN, 2001, p. 101.)

¹⁴ Necessário comentar que o pensamento de Dworkin se encontra umbilicalmente ligado ao princípio da igualdade por razões até mesmo históricas. Como esclarece Dimitri Dimoulis, na época das colônias, os norte-americanos continuavam submetidos ao Parlamento do Reino Unido, que, via de regra, lembrava-se dos colonos americanos na fixação e levantamento de impostos, muitas vezes considerados abusivos,

o discurso dworkiano, os argumentos de política poderiam ser utilizados na tutela e promoção dos direitos difusos, enquanto que os argumentos de princípio caberiam imediatamente na proteção dos direitos individuais, extensíveis aos direitos coletivos *stricto sensu*.

Entretanto, tal abordagem possui uma fundamentação histórica que não se coaduna com a perspectiva posta nos dias atuais. Conquanto seja certo pensar na tutela principiológica dos direitos individuais e coletivos em detrimento das ações impostas pela maioria que feriam direitos fundamentais, também o é no caso dos direitos difusos, pois não há como se pensar que os direitos difusos se coadunem sempre com o direito imposto pela maioria parlamentar, que, supostamente, representa a maioria de um povo.

As pressões econômicas que são feitas no parlamento, muitas vezes, tornam as decisões políticas diametralmente opostas aos direitos fundamentais difusos, que não podem, pelo argumento de que as decisões foram tomadas pela maioria, ficar livres de um controle que torne esses direitos efetivos¹⁵. Por este motivo, é que se deve entender que, na verdade, Dworkin não reduz a proteção judicial aos direitos individuais e coletivos *stricto sensu*, mas a expande também aos direitos fundamentais ditos difusos, quando violados por decisões da maioria parlamentar ou pelo executivo.

Este entendimento tem ganhado, cada vez mais, adeptos no sistema constitucional brasileiro¹⁶, sendo proveitosa a declaração de Gustavo Binbenbajm (2004, p. 246) de que:

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e

gerando um sentimento de desigualdade. Por isso, explica Dimitri, “o documento chamado “Constituição” que deveria fundamentar o poder soberano e limitar o legislador, isto é, a maioria parlamentar, surgiu nos Estados norte-americanos, declarados independentes em 1776, com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de *todos* os poderes estatais, ou seja, também em face do legislador ordinário” (DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 29). Esta é a razão do apego do pensamento estadunidense ao direito individual.

¹⁵ Esclarece Eduardo Appio: “Tanto no Brasil, como nos Estados Unidos, os grupos empresariais exercem enorme influência no processo de definição das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, alijando, na maioria dos casos, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal” (APPIO, 2008, p. 36).

¹⁶ Andreas Krell chega a afirmar que “onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível de Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir” (KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 25-60p.)

direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.

A decisão monocrática proferida no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, pelo Min. Celso de Mello, tem sido renovada diariamente pela jurisprudência pátria, que tem, corajosamente, enfrentado o tema com o brio necessário para a efetivação dos direitos fundamentais.

Mas, diante deste novo movimento judicial, haveria uma limitação a atuação jurisdicional no controle de políticas públicas? Será que esse controle judicial possui a mesma amplitude na implementação e na execução de políticas públicas? Por fim, de alguma forma, seria viável conciliarmos os eixos substancialista e procedimentalista na atividade judicial de controle de políticas públicas?

O próprio Dworkin estabeleceu uma diferença entre as *questões sensíveis à eleição* e *questões insensíveis à eleição*, afirmando que as questões de política são “sensíveis à eleição” (e a vontade da maioria), enquanto que as questões de princípios “não são sensíveis à eleição”, o que autorizaria o seu controle através da atividade judicial¹⁷.

Em sua construção, Dworkin esclarece que “as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas” (DWORKIN, 2002, p. 132), o que, por certo, já é uma limitação ao exercício da atividade controladora do Judiciário, que não pode decidir casos que envolvam políticas públicas com argumentos gerados por políticas, muito embora eles possam ser considerados na fundamentação. Ou seja, o controle judiciário das políticas públicas não poderia ser realizado a partir de argumentos de política, mas por argumentos de princípio, o que não afasta a possibilidade de o Juiz, no caso concreto, levar em consideração também, como motivos secundários, argumentos de política.

¹⁷ Afirma DWORKIN (2003, p 224): “a decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. [...] a decisão de matar ou não os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição”.

Sob o império do paradigma do Estado Democrático de Direito, é importante considerar que há um clamor pela maior participação popular na democracia, que não pode mais ser entendida como meramente representativa, mas, necessariamente e progressivamente, participativa, o que reflete na implementação das políticas públicas¹⁸.

Neste ponto, o giro de decisionismo do Executivo e Legislativo para o Judiciário na implementação de políticas públicas não atende ao princípio democrático de participação popular efetiva, vez que a implementação das políticas públicas poderia ser realizada pela deliberação de uma só mente, possibilitando um domínio aristocrático judicial indesejável.

Tal raciocínio, no entanto, deve ser excepcionado nos casos extremos de carência de implementação de políticas públicas, que violem claramente os direitos fundamentais, o que poderia ser considerado no caso do mínimo existencial, conforme o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, e no da discricionariedade zero¹⁹.

Já, no caso da execução de políticas públicas, já tendo a mesma sido deliberada democraticamente, não se poderia alegar que o controle judicial de políticas públicas violaria o princípio democrático de participação popular na concretização de políticas públicas.

Neste caso, pressupondo a previsão legal da política pública no ordenamento jurídico, a falta de realização da política pública específica e, até mesmo, a violação ao princípio da igualdade na execução desta política, não se poderia negar a participação ampla do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, ainda que por meio de um papel complementar.

Entendendo a amplitude da questão que se coloca, pode-se concluir pela possibilidade de conciliação dos eixos procedimentalista e substancialista na atividade judicial de controle de políticas públicas.

A conclusão nos é colocada por Eduardo Appio:

¹⁸ Conforme Appio: “O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais.” (APPIO, 2008, p. 167).

¹⁹ Germana de Moraes explica que “há redução da discricionariedade a zero, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível.” (MORAES, 2004, p. 169).

A “formulação” das políticas públicas depende, portanto, de uma concepção procedimental de democracia, enquanto que o controle judicial de sua “execução” demanda uma concepção substancial, atrelada ao princípio da isonomia”. (APPIO, 2008, p. 251)

Assim, pode-se afirmar que, no constitucionalismo vigente, é perfeitamente possível o controle judicial de execução de políticas públicas, enquanto que, no caso de formulação de políticas públicas, o controle judicial seria mitigado, podendo se realizar em casos extremos, como o do mínimo existencial e o da discricionariedade zero, numa clara violação ao direito fundamental, utilizando-se de racionalismo jurídico na construção dos argumentos da decisão proferida, reafirmando-se a força normativa dos textos constitucionais.

4 CONCLUSÃO

Pretendia o presente artigo proceder a análise da possibilidade do julgamento pelo Poder Judiciário das políticas públicas realizadas, ou não, pelos demais Poderes da República, no intuito de se buscar dar maior efetividade ao texto constitucional pátrio.

De início, utilizando-se do pensamento de Dworkin, pode-se constatar que o sistema jurídico não é composto somente por regras, mas por princípios e políticas também, que introduzem valores necessários para o aperfeiçoamento desse sistema.

As regras podem ser identificadas pela sua fonte que, em regra, seria o Estado, sendo que, no caso de conflito interno, prevalece a dinâmica da exclusão total, do “tudo-ou-nada”, enquanto que os princípios são caracterizados pela íntima ligação com a comunidade, uma vez que refletem os valores de justiça e equidade, predominando a ponderação no caso de aparente colisão interna.

Já, as políticas seriam “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36), diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual.

Desta forma, entendendo que as políticas públicas são desenvolvidas, atualmente, pelo Estado e pela Sociedade Civil, formulou-se uma proposta de conceito para políticas públicas que seriam aquelas atividades promocionais desenvolvidas

eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.

Em relação ao papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, verificou-se grande evolução no entendimento jurídico que, inicialmente, não cogitava da possibilidade de limitação na atuação política dos poderes, passando pela aceitação da “teoria dos motivos determinantes”, chegando ao paradigmático julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, onde, em decisão monocrática, o Min. Relator Celso de Mello, corajosamente, entendeu pela possibilidade da utilização daquela via processual para se realizar o controle de políticas públicas, em razão de violação de direito fundamental, preservando-se o mínimo existencial.

Analisando a temática, pode-se perceber que existem dois eixos teóricos: o procedimentalista, que entende que o papel do Poder Judiciário no exame das políticas públicas é o de garantir os meios de exercício da cidadania ativa, não intervindo no conteúdo das políticas e; o substancialista, onde se encontra posicionado o teórico estadunidense, defendendo que, para se garantir uma sociedade mais justa e equilibrada, preservando-se o sistema democrático, o Poder Judiciário deve agir positivamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Buscou-se na doutrina de Dworkin o referencial teórico para a defesa de um posicionamento judicial mais positivo, vez que este jusfilósofo entende pela primazia dos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular.

Desta forma, não há como negar, atualmente, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, não se podendo falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário para a implantação dessas políticas ou em violação do princípio da “separação dos poderes”.

A força normativa constitucional é quem impulsiona o Poder Judiciário para uma maior concretização dos direitos fundamentais, que não podem ser violados pela ausência total ou parcial de políticas públicas eficientes. A legitimidade do controle do Poder Judiciário provém do próprio texto constitucional que consagra os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado, quer seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ainda que este tenha que assumir funções que, originariamente, não seriam de sua competência.

Entretanto, conforme Dworkin, este controle deve ser realizado através de uma visão integral do direito, que respeite a racionalidade jurídica que deve ser empregada, pelo juiz “Hércules”, na construção da melhor solução possível para os *hard cases*, não se aceitando que as decisões sejam tomadas por meros critérios políticos, mas por princípios jurídicos.

Conclui-se ser perfeitamente possível o controle judicial de execução de políticas públicas, enquanto que, no caso de formulação de políticas públicas, o controle judicial seria mitigado, podendo se realizar em casos extremos, como o do mínimo existencial e o da discricionariedade zero, numa clara violação ao direito fundamental, utilizando-se de racionalismo jurídico na construção dos argumentos da decisão proferida, reafirmando-se a força normativa dos textos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização – 2ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.*
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. *Cláusula da reserva do possível e o marco do Estado Democrático de Direito*. Revista de Ministério Público do Estado do Maranhão, v.1, n.1, jan./dez., São Luís, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr./jun., Brasília, 1998.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Virtud soberana: La teoría y la práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar y de María Julia Bertolomeu. Barcelona: Paidós, 2003.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., rev. e ampl.- São Paulo, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.
- KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 25-60p.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública – 2ª ed. – São Paulo: Dialética, 2004.*
- WERNECK VIANA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.